

A UNIÃO ESTÁVEL, O CASAMENTO E A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

EFEITOS DA EMPATIA: CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL:

Instados a falar sobre a sucessão dos companheiros na união estável, não podemos deixar de passar por sobre o tema, talvez mais truncado do direito, a “*família*” positivada, por sua natureza estritamente empática apenas regrados os efeitos da relação familiar. O próprio casamento e seus regimes, previstos em lei, representam a regulamentação, a escolha dos nubentes, dos efeitos de preexistente empatia.

De sorte que, quer mude a lei, quer reformule mecanismos de atuação estatal na esfera íntima dos cidadãos, ainda assim, a empatia será o fundamento da relação familiar. Mesmo entre pais e filhos a empatia é a chave do relacionamento saudável em todos os aspectos, da formação às relações sociais (*vide a violência familiar e o comportamento social contribuído pelo quadro familiar*). A obrigatoriedade de prestar assistência independente de empatia confirma a regulamentação de efeitos de uma relação de base emocional.

O casamento e a união estável são, dessarte, efeitos da *empatia*; declarados pela a ordem legal para o fato correspondente, geram *sub-efeitos* disciplinados e preestabelecidos pela ordem jurídica conforme se trate do primeiro ou da segunda, nas formas postas à disposição (escolha) dos interessados. De outro modo, a empatia tem a força de gerar o *casamento* ou a *união estável*, e estes de produzirem os efeitos preexistentemente previstos para cada um deles, daí, a razão de se falar em sub-efeitos. Há, portanto, nítido ato jurídico *stricto sensu* pela sujeição dos conviventes ou nubentes às prescrições do ordenamento jurídico, sem possibilidade de sobre elas tergiversarem, sendo mesmo, a elas indiferentes, ao menos até a quebra da relação. Prova disto é que os casamentos de hoje seguem o regime regra: *comunhão parcial*, como outrora o foi a *comunhão universal*, o mesmo se diga para a *união estável*, se outra forma (regime) não for adotada. (VER QUADRO DEMONSTRATIVO AO FINAL).

As duas figuras jurídicas previstas como consequência da empatia, representam, na regulamentação, institutos produtivos de efeitos (sub-efeitos em relação à matriz empática).

Institutos a regular os efeitos da relação *familiar* ou do núcleo-base da sociedade. E como institutos produzem os efeitos previsto para cada um deles, segundo a ordem jurídica. Esta qualidade de *instituto*, se assim se pode dizer, juridicamente atribuída a ambos é a força geratriz dos efeitos preestabelecidos e da condição de herdeiro um do outro – vocação hereditária.

A REGULAMENTAÇÃO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE:

Dito isto, o excesso de regulamentação dos efeitos das relações multifacetárias tem levado a desacertos sociojurídicos como a presunção de união estável de mero namoro durável, pois, é certo, hoje em dia, não há namoro sem sexo, parafraseando a melodia de mau gosto: “... *beijo na boca é coisa do passado, a moda agora é, é namorar pelado...*” Muitos destes efeitos previstos para a união estável, poderiam e deveriam ter sido deixados a cargo do Poder Judiciário quando chamado a solucionar um conflito emergido no seio das relações, limitando a legislação a dispor o norte ou os princípios a regê-los. Isto porque, a inexistência de uma definição precisa e abrangente (como se verá nos tópicos abaixo) do que sejam “*união estável*” e “*companheiro*”, torna difícil o trabalho de determinar ou de preestabelecer os efeitos decorrentes daquela.

Querer dar a todos os efeitos das relações afetivas as mesmas dimensões (jurídica), corre-se o risco de transformá-las em simples negócios, até porque se idênticas fossem, desnecessário teria sido a disposição constitucional da *conversão da união estável em casamento*. Não há dúvida; argumentar-se-á do princípio da igualdade para rebelar-se o que

foi exposto, mas um dos princípios salutareos da democracia em nada diz com os efeitos oriundos de cada relação. Por isso, o molde de uma poderá não servir para ajustar a outra e vice-versa. A igualdade de todos perante a lei em nada tem, como dito, com os reflexos oriundos das relações afetivas.

Tratar igualmente as pessoas em relação as outras e em relação ao Estado não significa reger os efeitos jurídicos das empáticas uniões (casamento, união estável, concubinato). A igualdade perante a lei é inerente ao próprio ser e a todos que com ele se relacionam e não aos efeitos produzidos por estas relações. Estes podem variar segundo as circunstâncias fáticas ou jurídicas, para mais ou para menos, para cima ou para baixo, sem contudo, violar o princípio da igualdade.

A história ocidental, seja ela jurídica ou social, grosso modo, guarda estreita relação com a religião católica, aquela estabelecida sobre uma base monogâmica e heterossexual, de castidade e anti-heresia, governada por homens. Tanto que mataram *Joana D'arc* mesmo após o que ela fez pela França. Desnecessário abordar o lado patriarcal da base social, porque de todos conhecido. A religião católica, desta maneira, deixou suas marcas em todos os seguimentos sociais, seja no comportamento do cidadão – *costumes* –, seja nos julgamentos – *tribunais* –, seja na elaboração das leis – *parlamento*. E com isto, invadiu as legislações codificadas como foi o Código Civil de 1916, estritamente patriarcal e machista a ponto de, *a posteriori*, terem de elaborar o Estatuto da Mulher Casada.

A monogamia e subserviência da mulher ao homem eram marcos da sociedade, não obstante, o adultério, a prostituição e a concubinação (poligamia) acompanharem o homem à margem da ordem jurídica. Mas, por força do comportamento social imposto pela política eclesíastica, fazia-se vista grossa dos fatos, de modo que, as relações desta natureza, relações extraconjugais ou sem casamento, eram tidas por inexistentes, a fim, é claro, de manter, o homem seu *status* social de ombridade, seriedade, integridade e honestidade, sem o qual não poderia condenar à “*fogueira dos hereges*” a heroína acima referida.

Desse modo, os efeitos desta relação não eram reconhecidos e sequer admitidos pela literatura jurídica, menos ainda pelos tribunais hermeticamente afeitos aos eclesiásticos. Para se ter exemplo, os filhos destas relações não gozavam de amparo algum, senão quando houvesse empatia do progenitor. Representava, destarte, uma obrigação meramente moral e não jurídico-legal.

Havia o fechamento total para socorro material a inúmeras mulheres vítimas de sua própria empatia a homens, muitas vezes de fala mansa e doce, cujos filhos só poderiam ser reconhecidos após a extinção do casamento e, mesmo assim, havia distinção entre eles: *legítimos* e *naturais*. Mesmo a adoção sofreu esta discriminação sociojurídica a ponto de tê-la em degraus.

A revolução feminina associada aos avanços do conhecimento e do pensamento, vieram extirpar a discriminação e inserir o reconhecimento, jurídico, dos efeitos das relações familiares sem casamento e dos filhos em quaisquer circunstâncias. Exsruge, destarte, com a CR de 1988, o norte a ser trilhado da não-discriminação e da inexistência de desigualdade entre as proles e entre as famílias, independentemente, da relação afetiva originária, nestes termos, filho passou a ser filho (instituto da filiação) e família passou a ser família (institutos do casamento e da união estável).

Assegura-se, destarte, a igualdade dos *sub-efeitos* gerados por um ou por outro. Na proteção da família não se pode conceber, como estará em cada tópico, a idéia diferencial ou preferencial entre os *sub-efeitos* do casamento e idênticos *sub-efeitos* da união estável.

Facilitar a conversão da união estável em casamento corresponde à opção dos conviventes em praticarem outro ato jurídico *stricto sensu* para, num querer social, adequar-se aos costumes sociais.

O INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL E SEUS EFEITOS – SUB-EFEITOS DA RELAÇÃO AFETIVA:

A união entre homem e mulher sem casamento era vista como concubinato ou concubinação, conforme fossem casados ou não, conforme fosse séria, única e honesta a relação ou não. Não havendo qualquer impedimento para o casamento e sendo única e honesta, esta união era tratada como *concubinato*; de contrário, como *concubinação*. Porém, socialmente ambas as figuras eram confundidas senão fundidas e, mesmo muitos julgados revelam esta confusão.

ADAHYL LOURENÇO DIAS em seu livro “*A CONCUBINA E O DIREITO BRASILEIRO*”, laborando exaustivamente sobre o tema faz distinção entre estas figuras, nos termos acima relatados.

Para não haver confusão e para que a pecha do passado não acompanhasse as relações no presente, vários autores tentaram nominá-las. Apareceu a figura do *companheiro* (também na obra de LOURENÇO) e várias outras, até resultar na união estável no diploma constitucional de 1988, o qual reconheceu a mesma como entidade familiar e, portanto, solapou de vez quaisquer resquícios discriminatórios do passado; como exposto, família é família. E concubinato deixou de representar a relação respeitosa entre homem e mulher e passou a caracterizar a pecha dos encontros espúrios ou impedidos (art. 1.727). Concubinato hoje é igualmente, concubinação de outrora.

Isto é assim, porque, como alhures expusemos, o casamento e a união estável não passam de *institutos* criados sobre relações socioafetivas preexistentes, a reger não elas mesmas, mas os efeitos que a lei atribui a estes institutos, pois, ao seu término apenas declara dissolvida a relação jurídica – o *instituto* – para poder estabelecer juridicidade e executividade aos efeitos dela advindos: *partilha de bens*, *uso do nome*, *guarda dos filhos*, *pensão*, *visitas*, etc.

Assim como filho é filho, família é família e merece toda a proteção jurídica prevista quer para o patrimônio, quer para seus membros. E muito mais que isto, não somente aquela formada por pai, mãe e filhos, ou marido, mulher e proles, mas também, aquela formada por pai e filhos ou mãe e filhos ou irmãos, avós e netos, tios e sobrinhos, etc. em face das multifacetadas da sociedade, lamentavelmente, moderna. A modernidade trouxe o ranço do materialismo extremado sob o qual vivemos.

Mas, outros efeitos existem os quais careciam de reconhecimento jurídico, não de norma efetivamente, como a partilha de bens, a pensão, o uso do nome, a sucessão, etc. Estes *efeitos* (indiretos) da relação socioafetiva aos poucos foram sendo reconhecidos tanto pelo legislador (como na CLPS), quanto por nossos tribunais (com STF, súmula 380), porém, não havia a criação de um *instituto* decorrente de sua existência, regia-se a partilha de bens como efeito direto de uma relação patrimonial de comunhão. A criação, pelo Código Civil, de um *instituto* além do casamento, a união estável, transferiu os efeitos diretamente atribuídos à relação empática para este instituto por ele gerado, passando aqueles, assim como se expôs, a *sub-efeitos* da relação socioafetiva, vindo o instituto constituir seu efeito direto. (Ver quadro ao final).

Evidente que, àquele tempo merecia e carecia de um reconhecimento mais abrangente até pela própria condição pessoal do cidadão, em sua maioria analfabeto e sem nenhum conhecimento mais amplo sobre direitos e deveres, dado não só à falta de meios de comunicações, como pela filtragem das informações que seriam transmitidas à população no período ditatorial, fato que agravava a situação de cidadania dos empáticos e, portanto, merecia um tratamento mais minudente do legislador.

Diversamente, hoje em dia, tanto o homem quanto a mulher em maior ou menor grau, abstraindo-se claramente de qualquer discriminação ainda restante, têm acesso a todos os tipos de informações, conhecendo muito bem seus direitos (ou podendo conhecê-los) e principalmente seus deveres e, muitos deles atuam *deslealmente*.

Por isso, o avanço não poderia representar um regramento igualitário dos *sub-efeitos* pelo legislador das relações afetivas, senão apenas traçar as molas mestras, o norte, os princípios sobre os quais o Poder Judiciário deveria gravitar para decidir o caso concreto, quando houvesse. Ao dar um sentido à situação patrimonial na união estável, a igualou

neste ponto ao casamento. Mais que isto, ao transformar o concubinato em *instituto*, denominando-o união estável, com possibilidade de adoção de vários regimes próprios do casamento por meio de contrato, o legislador tirou a possibilidade de tratamento diferenciado ou discriminatório ao menos no que tange aos efeitos patrimoniais.

E não vemos que possa haver em relação a qualquer outro *sub-efeito* da relação afetiva, pois, o objetivo foi reconhecer efeitos jurídicos à entidade familiar e não apenas à família oriunda do casamento. Assim, ao perseguir esta igualdade entre as entidades familiares, não pode, em efeitos iguais criar discriminações.

Mas, o legislador ordinário, no afã de eternizar o nome do grande MIGUEL REALE como se precisasse disto, apressou em aprovar o novo Código Civil – lei 10.406 de 10.01.02 –, incorrendo, no campo das inovações *institucionais*, em lamentável excesso legislativo e por consequência em confusão e omissão, vez que o excesso exige exaurimento.

Ao dispor sobre a parentela, deixou claro que tem afinidades um com os parentes do outro seja no casamento, seja na união estável (art. 1.595). Inicia-se, assim, a nomeação daqueles que se estabelecem em união estável: “*companheiros*”, utilizando a nomenclatura de antes (lei da previdência social), contudo, deixando claro a igualdade entre eles.

Nos artigos 1.723 a 1.727 regulamenta a união estável, assim considerada como a união *contínua* e *duradoura* com o *objetivo* de constituir família. Não conceitua o que se entenderia por “*contínua*” e “*duradoura*”, e o tempo necessário para a sua verificação como os diplomas de 1994 e 1996 (Leis 8.971 e 9.278). Ainda, observando o comportamento social, é difícil estabelecer quando se inicia a convivência sob a união estável, por nítida flutuação e mobilidade das afetividades. Haverão momentos nos quais a união estável verificar-se-á de imediato, como quando, levando em conta o caráter sociocultural-moral de ambos os conviventes, passam a viver juntos, não obstante se separarem logo em seguida. Outro exemplo, são os casos de gravidez; verificada esta, os namorados (e somente assim viviam) passam a morar juntos e separam-se tão logo o filho nasce; está nítido nestas hipóteses (meramente exemplificativas) o *objetivo de constituir família*, sem no entanto, existir *tempo* suficiente para se falar em *continuidade* e *durabilidade*; também, quando dois meses ou doze meses após a união, um dos conviventes venha falecer; como verificar a *continuidade* e a *durabilidade*, presente apenas a *finalidade*, sem *tempo* suficiente? Em outros, existirão *continuidade* e *durabilidade* ditadas pelo tempo, mas faltará a *finalidade* traçada pelo art. 1.723. E em outro ainda, haverá impedimento para o casamento, embora verificados o binômio: *tempo* e *objetivo* para se falar em *continuidade*, *durabilidade* e *finalidade* (art. 1.727), devendo subsistir a união estável independente do impedimento (como no caso de um dos conviventes ou ambos, com anterior casamento, estarem separados de fato sem separação judicial, ou de relações entre primos ou tios e sobrinhos). São questões que surgirão na prática por inexistência, no excesso legislativo, de parâmetros ou norte a serem seguidos para a aferição objetiva dos elementos formadores do instituto. De outro lado, qual seria o marco inicial da produção dos efeitos em tais hipóteses? ou, gerariam efeitos estas hipóteses?

O parágrafo primeiro do art. 1.723 guarda similitude com os impedimentos do art. 1.521.

Outro enfoque que determinará grande debate e, portanto, onde vai repousar a estabilidade de uma convivência pacífica é o disposto no art. 1.724 quanto à *lealdade* e *respeito*. ARAKEN DE ASSIS em palestra no seminário jurídico Síntese sobre Direito de Família, nesta vez, asseverou que o cônjuge que trai e ao chegar em casa conta seu ato ao outro não foi desleal. Logo, melhor seria se o art. 1.724 tivesse remetido às disposições do art. 1.566 a exemplo do 1.725, posto que, ali se fala em “*fidelidade recíproca*” e não em “*lealdade*”, pois, se não há distinção entre famílias e se a atuação normativa destina-se a proteger a unidade familiar e não fomentar sua desagregação, não seria prudente, no ato de reger, distinguir comportamentos idênticos, ditados pelo costume e cultura de nosso país, como *coabitação*, *fidelidade recíproca*, *respeito* e *consideração mútuos*; *sustento*, *guarda e educação dos filhos*. Por dizer respeito à pessoa dos conviventes e não propriamente à relação em si mesma, diferenciar ou dar sentidos diferentes à “*lealdade*” e à “*fidelidade*” representa tratamento desigual aos conviventes como pessoas iguais, menosprezando o próprio instituto legal, base de manutenção da família que a lei, ontem e hoje, tem como “*a*

célula básica da sociedade” (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA e MARIA BERENICE DIAS em DIREITO DE FAMÍLIA E O NOVO CÓDIGO CIVIL).

Ao declarar os costumes culturais da família brasileira, o art. 1.566 nada mais vez senão traduzir em linguagem jurídica aquilo que a ciência empírica dita por si mesma; assim, não se trata de regular *sub-efeitos* da relação socioafetiva elevada à condição jurídica prevista, mas, estabelecer que o casamento válido exige este comportamento social que é peculiar entre todos os casais que se amam e se respeitam; **os casais não os cumprem por imperativo legal ou contratual, mas por consciência moral de sua formação cultural.** Basta imaginar como seria difícil para um cidadão oriundo de países de cultura polígama compreender o comportamento da “*fidelidade recíproca*”; por estas razões o dispositivo mencionado apenas declara o comportamento social e moral dos casais para outros fins e não como imposição de deveres, tanto que esta nomenclatura desaparecera. O objetivo é estabelecer marcos segundo os quais configurará violação matrimonial ou da *estabilidade* a ensejar o pedido de dissolução do instituto; e, só se torna possível aferir uma violação imputada a partir de parâmetros fixados, daí a razão de ser do artigo mencionado, de modo a não deixar tão flexível e cambiante a quebra da moralidade familiar a ponto de banalizar a própria célula *mater*.

Por estas razões o tratamento igualitário do homem e da mulher dentro da família no que tange ao comportamento sociomoral de nossa cultura não representa regular ou atribuir efeitos à relação, antes positivar mecanismos objetivos a possibilitar a verificação da quebra da *moralidade familiar* – costume – e, para isto pouco importa seja a família constituída pelo casamento ou pela união estável. Ora, até mesmo a pretensão de legiferação da união homossexual estará a exigir, para se elevar à condição de instituto, a observância do comportamento sociomoral de nossa cultura, portanto, “*fidelidade*”.

Por isso, a expressão *lealdade* empregada pelo legislador teve apenas o condão de estabelecer uma diferenciação entre os institutos, posto não admitirem ser iguais, “*continuando o casamento heterossexual e monogâmico a forma desejada de instituição familiar*”, com o que não concordamos, na medida que cria distinções e discriminações entre *família*, na contra-mão do objetivo da norma constitucional que é dissipá-las. Ora, se a regrou é porque a reconheceu, se a reconheceu a elevou ao *status* jurídico de *instituto*, portanto, assim como há várias formas dentro do casamento (regimes) à escolha dos nubentes, há, igualmente, várias formas dentro da união estável (regimes estáveis) à escolha dos enamorados, sem levantar preferências discriminatórias.

Por isso, esta diferenciação é meramente atécnica, quiçá, para que na prática não venham conferir efeitos próprios do matrimônio à união estável ou outro qualquer *como se isto já não ocorresse no tratamento da pensão alimentícia, da guarda dos filhos, da partilha de bens, etc.*, para que o casamento continue a ser o meio preferível (discriminação) da *família*; porém, tem o mesmo sentido moral, pois: a lealdade corresponde à fidelidade recíproca, até porque lealdade abarca a fidelidade, donde o desleal é também “*infiel*” (DICIONÁRIO AURÉLIO).

O respeito figura nos dois dispositivos (art. 1.724 e 1.566, V). De fato o sentido lá e cá não muda, respeitar será, apesar das várias concepções, sempre: “*tomar em consideração; ter em conta; atender a; considerar; tratar com reverência ou acatamento; venerar, honrar*” (DICIONÁRIO AURÉLIO).

Conjugando-se respeito e lealdade, tem-se que quem honra, quem considera não se porta *deslealmente* e, lealdade, ser leal, não é apenas dizer a verdade, ser sincero, corresponde em ser “*fiel aos seus compromissos*” (ob. cit.), compromissos estes, assumidos ao constituir a unidade familiar proveniente do motivo primordial: o Amor, a empatia. “Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine” (CORÍNTIOS I, 13:1), “*EU NADA SERIA*” (CAMÕES).

OS ALIMENTOS:

Quanto a alimentos, terá ou não os conviventes de os prestarem reciprocamente no romper da união estável? Encontra-se no art. 1.724 o “dever de assistência” (novamente *deveres*, removidos do casamento e inseridos na união estável e em outras disposições por impregnação; para tanto vale o retro exposto). Todavia, no SUBTÍTULO III, ao cuidar dos alimentos no Título II do Livro IV não faz nenhuma menção sobre o dever de sustento após o rompimento da união estável, como fez com a separação oriunda do casamento (arts. 1.702 e 1.704). Não faz sentido algum a ausência – não se quer igualar a união estável ao casamento – mas, ocasiões nascerão nas quais se afigurará o dever de continuar prestando alimentos ou vir a prestá-los, como por exemplo, quando o homem impede a mulher de trabalhar e estudar, mantendo-a no lar e esta por empatia aceita sua “imposição”, vindo separar-se quando já o entardecer de sua juventude e conseqüentemente de suas forças para labuta. Não será lícito permitir que ao final da união estável por fato imputável ao homem, venha a mulher ficar privada do mínimo necessário ao seu sustento, sem nada receber pelas “forças” que diuturnamente lhe despendeu, na juventude. Pode ainda, acontecer que um dos conviventes venha adoecer, permanecendo inválido para o trabalho. Isto faz exsurgir o dever de alimentos. Não se trata de indenização ou *pretium* da carne, mas de verdadeira pensão e sustento vitalícios, como efeitos decorrentes do *instituto* anteriormente existente. A recíproca quanto ao homem é verdadeira.

Destarte, a prestação de alimentos recíprocos após dissolução da união estável está contida no art. 1.694 do Código Civil, através do qual poder-se-á extrair princípios dos arts. 1.702, 1.704 e demais do Código Civil a incidirem sobre a união estável, inclusive com aplicação, pelo Poder Judiciário, dos princípios gerais de direito e outros decorrentes do Direito de Família, posto que, a obrigação de alimentar aquele que necessita e não pode prover, por si, seu sustento, decorre da existência do próprio *instituto* jurídico, ou da transformação da união estável em instituto jurídico gerador de efeitos.

Não se trata de igualar a união estável ao casamento, mas de extrair os *sub-efeitos* gerados pela relação socioafetiva ao concebê-la como instituição civil, na conformidade da boa-fé, dos bons costumes, dos princípios de direito, e da justiça. Ressalta, portanto, a aplicação, no que couber, dos efeitos negativos da separação àquele que deu causa.

O REGIME DE BENS:

Quanto aos bens, diz o art. 1.725, aplicar-se-á o regime da comunhão parcial no que couber se outra forma não ficar estabelecida em contrato. Eis, portanto, um norte, um caminho a ser seguido pelo operador do direito. Não se imiscuiu o legislador no campo das descrições e prescrições, apenas apontou o norte, e mais, deixou livre a adoção de um regimento próprio pelos interessados (*regimes estáveis*). Nesta parte, igualou (ainda que não se admita) a união estável ao casamento, ou a um dos regimes previstos para este instituto, abrindo-se as portas para ampliar o rol dos *sub-efeitos* igualitários não só quanto aos bens (forma estabelecida em contrato), mas quanto a todos os demais. E assim, faz-se despiendo revolver os efeitos patrimoniais do regime da comunhão parcial de bens.

Dito isto, abre-nos espaço para analisar a sucessão. A primeira indagação que surge é: se para a ruptura da união estável fixou alimentos (art. 1.694), o ex-convivente herdará além de sua meação de direito (art. 1.725)? Será possível responder a esta pergunta em caso de separação oriunda de casamento?

DA SUCESSÃO:

A VOCAÇÃO HEREDITÁRIA:

A vocação hereditária em nada guarda com o regime de bens, herda em razão de parentesco, herda por que instituído por lei – sentido amplo como os efeitos da vontade última do testador –, como tal a cumprir uma função social vista pelo legislador como de necessária inserção na ordem vocacional; o regime de bens constitui, e assim deve ser visto, somente como limite à quantidade de herder ou causa excludente da herança, equilibrando

herança e meação. É mero meio de adequação numérica da participação na herança e não forma de instituição de herdeiro.

A qualidade de herdeiro decorre do efeito principal (ou direto) da relação afetiva, o casamento. Como instituto é ele que estabelece a condição recíproca de herdeiro, por isso afirmamos acima que todas as prescrições legais dele decorrentes caracterizam *sub-efeitos* da existência ou juridicidade e executividade estabelecidas ao núcleo-causa: a empatia, após extinta a relação.

O mesmo se pode dizer relativamente à união estável. É a existência do *instituto* que faz nascer o direito sucessório ao convivente sobrevivente. Assim como é a condição de filho e não a forma de filiação que vai estabelecer, sem preferências e discriminações, a sua qualidade de herdeiro dos pais, indiferente sejam estes naturais, legítimos, legitimados ou adotantes, a condição de herdeiro do cônjuge ou do convivente falecido dá-se em razão da constituição dos *institutos*, respectivamente, casamento ou união estável e, não das formas preestabelecidas para disciplinar os *sub-efeitos*, invocados, via de regra, somente em casos de dissolução.

É de se observar que as disposições aqui citadas reconhecem o convivente sobrevivente como sucessor do falecido, v. g., o art. 1.844; o art. 1.595 reconhece a relação de “parensco” recíproco entre os companheiros e seus familiares; e o art. 1.790 estabelece a percentagem da participação do convivente na herança do falecido sobre os bens comuns, reforçando a idéia de família na união estável e desta denota-se toda proteção legal como no art. 1.694 ao tratar dos alimentos e 1.725 ao tratar dos bens, deixando claro a permanência do vínculo parental mesmo após a dissolução da união, de sorte que, a morte, *dissolvendo*, igualmente, a união estável, não faz desaparecer o vínculo parental reconhecido para efeito sucessório (patrimonial), oriundo do efeito jurídico atribuído à relação geratriz do instituto e não dos regimes ou regramento dos *sub-efeitos* por eles adotados no ato da instituição, pena de declarar nula relação jurídica existente, pena de tratar desigualmente a mesma matéria quanto aos efeitos *patrimoniais* e *sociais*, pena de instituir o regime de bens como pressuposto de legitimidade hereditária em substituição ao seu *fato jurídico gerador*: ser *cônjuge* ou *companheiro*, ou seja: casamento ou união estável.

Assim for, lembrando a ultrapassada diferenciação entre filhos legítimos e legitimados, legítimos e naturais, a qual impedia a geração de efeitos sucessórios, abandonada porque “*filho é filho*” e por isso, não importa a origem: legítimo ou legitimado ou adotivo, basta esta condição de filho para tornar-se herdeiro em igualdade, ter-se-á um retrocesso e não avanço no campo da sucessão do *cônjuge* e do *companheiro*.

Entendemos, basta o fato de ser ou ter sido cônjuge ou companheiro, herda, cuja a exclusão, exceção à regra, decorrerá do regime aplicável e da existência de bens comuns ou particulares conforme o caso, vez que a instituição como herdeiro necessário destina-se a atender a *função social* da herança que é prover o companheiro ou o cônjuge de uma *existência digna*, tal qual quando o falecido ainda vivia.

Por isso, a condição de herdeiro emerge do só fato do *casamento* ou da *união estável* – efeitos diretos da relação afetiva –, figurando os regimes de bens como causa excludente ou limitadora da herança e não como condição de constituição de herdeiro.

A SUCESSÃO DO EX-CÔNJUGE E EX-CONVIVENTE SOBREVIVENTE:

O art. 1.830 diz que o cônjuge sobrevivente não herda se estava separado judicialmente do falecido ou de fato há mais de dois anos, salvo prova, “*neste caso*” de que essa “*convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente*”. Em outros termos, se provada a culpa do falecido pela separação de fato, o cônjuge sobrevivente herdará. Na separação judicial não herdará, vez que é expresso o art. 1.830 ao referir apenas à separação de fato através da locução: “...*salvo prova, neste caso, ...*” esta expressão exclui a primeira parte do artigo em foco: a separação judicial.

Exsurge nova indagação: se ocorreu adultério, v. g., mas o processo judicial sequer iniciou mantendo-se separado de fato; não houve discussão da causa da separação – culpa –, como ficará a prova da culpa no futuro? Como estabelecer a culpa do falecido? E se separado de fato há mais de dois anos sem precedente partilha extrajudicial de bens?

À primeira vista, emerge que o cônjuge herda com os descendentes somente na hipótese do regime da comunhão parcial de bens e sobre bens particulares, pois excluídos os regimes da comunhão universal e da separação obrigatória e se existentes bens comuns (aquestos). E no caso de separação total de bens (facultativa)? Encontra-se aqui um ponto comum entre o cônjuge sobrevivente da separação total e o convivente sobrevivente da união estável, pois, quanto a eles o legislador silenciou. Ao deferir a sucessão aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente (vírgula), fazendo exceção apenas aos regimes citados, ter-se-á por concorrente primordial (indução) o cônjuge oriundo do regime da separação total de bens, pois, inexistentes os chamados “bens comuns” e por isto, é o concorrente principal dos herdeiros. Assim for, soluciona-se a questão, o cônjuge sobrevivente de regime de separação total (não obrigatória) herda em concorrência, mesmo que *separado de fato* há mais de dois anos; nesta hipótese deverá provar a culpa do falecido na ruptura da vida em comum (art. 1.830 segunda parte).

Em se admitir isto, o motivo de constituir o cônjuge herdeiro necessário se justifica porque a separação total exclui todo o patrimônio da comunicação e, neste caso, poderá ocorrer que o sobrevivente, após a morte do outro, não tenha meios de prover a própria subsistência, vindo sua inserção na ordem vocacional cumprir uma função social: assegurar meios de obter uma *existência digna*, certamente, privada pela partilha dos bens particulares somente entre os descendentes ou ascendentes do falecido.

E não se pode dizer que no regime da separação total o sobrevivente não herda, porque isto representaria tratar *desigualmente* os efeitos de um mesmo instituto, pois, cônjuge é cônjuge e os efeitos do casamento devem ser os mesmos no que tange à herança, porque o regime de bens não pode determinar a vocação hereditária, apenas excluir ou limitar sua participação na herança.

Mais uma vez, o regime da separação total converge, no campo sucessório, para a união estável no que tange aos bens particulares. O silêncio do legislador não pode ser de tal a se interpretar como excludente da ordem hereditária – *sucessão legítima* – o sobrevivente da separação total.

Principalmente, porque se o sobrevivente do regime da comunhão parcial só herda se deixou bem particular, ou como está na norma, não herda se *não houver deixado bens particulares*, ou seja se só deixou bens comuns, a incomunicabilidade dos bens no regime da separação total e na união estável quanto aos anteriores, impõe-se reconhecer sua não-exclusão da herança.

Se o cônjuge sobrevivente que foi casado sob o regime da separação total constitui *herdeiro necessário* se inocente na separação de fato (art. 1.830), por que razão não o pode ser o convivente da união estável na mesma condição?

Dir-se-á que se assim for, haverá tratamento desproporcional entre a união estável e o casamento, privilegiando aquela em detrimento deste, que a lei pretende seja a regra da constituição da família. Mas, não é assim, primeiro, porque como *instituto* a regular os *sub-efeitos* da vida socioafetiva não pode fugir dos efeitos idênticos, segundo, porque não se estará privilegiando um em detrimento do outro, apenas reconhecendo e assegurando *sub-efeitos* idênticos.

Assegurar a herança ao convivente sobrevivente e inocente na separação (se ao tempo da morte estavam separados) não é privilegiar a união estável ou atribuir-lhe “*efeitos próprios do casamento*” e, sim garantir a função social da herança que a ordem jurídica exige. Nisto, pouco importa a constituição geratriz da qualidade de herdeiro se o casamento ou a união estável.

Por isso, assim como o ex-cônjuge da separação total (não obrigatória) tem a qualidade de herdeiro do ex-cônjuge falecido, tem o ex-convivente, relativamente ao espólio do ex-convivente falecido, provada a culpa do falecido pela impossibilidade da convivência.

A ANALOGIA ENTRE A QUALIDADE DE HERDEIRO DO CÔNJUGE E A QUALIDADE DE HERDEIRO DO CONVIVENTE:

Diz o 1.725 que se aplica, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Não há nas hipóteses levantadas até aqui e daqui para frente (sucessão) a cogitação de disposição testamentária do convivente.

Partindo-se logo da comunhão parcial de bens tem-se inexistir qualquer impedimento para aplicação *analógica* (analogia legal) das disposições da sucessão do cônjuge sobrevivente oriundo do casamento sobre a união estável, quer estejam ao tempo da sucessão separados de fato ou não; isto porque, “cabe” perfeitamente a aplicação da sucessão do sobrevivente do regime da comunhão parcial, separado ou não, a este *instituto*.

Nestes termos, pode-se dizer que o convivente supérstite herda quanto aos bens particulares nas mesmas condições que o cônjuge sobrevivente do regime da comunhão parcial de bens, aplicando-se-lhe o disposto nos arts. 1.790 c/c o 1.829, I, segunda parte: a exceção, e, 1.830, 1.831, 1.832 e seguintes, todos do Código Civil.

Não há incompatibilidade entre estes dispositivos e o instituto da união estável, tampouco a aplicação daqueles a esta transformam-na em casamento, nem a este a igulam; regulam tão-somente seus *efeitos* (*sub-efeitos*) como quis fazer o legislador, pecando por omiti-los no excesso legislativo costumeiro.

Pode-se citar os exemplos, inúmeros, perante a Justiça Federal e mesmo a Comum e os Tribunais Regionais Federal e Superior Tribunal de Justiça, de que o convivente sobrevivente teve sua condição de sucessor e dependente do convivente falecido declarada e assegurada, por isso, seus efeitos sobre a pensão. A jurisprudência, ainda, regula os efeitos da união estável nos casos em que há impedimento para o casamento entre os conviventes, assegurando ao sobrevivente o direito de mear a pensão deixada pelo falecido com sua ex-esposa e, noutros, reconhece por inteiro o direito à pensão ao convivente supérstite e não à (ex)esposa; hoje, em nítido descompasso com o art. 1.727. E qual deve prevalecer? Ao nosso sentir, a jurisprudência porque atende mais à intenção que ao sentido literal da linguagem, atenta mais para os princípios teleológicos que para a disciplina do Código e leis especiais.

De modo que, provada a união estável e a não culpa do supérstite pela dissolução da mesma, atribuir-se-lhe-á a capacidade sucessória – qualidade de herdeiro – como se casado fosse pelo regime da comunhão parcial de bens; do contrário, elevar-se-á o enriquecimento sem causa dos demais sucessores às custas do empobrecimento do convivente sobrevivente. Aqui, serve o que foi exposto quanto à sucessão do cônjuge do regime da separação total.

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO CONVIVENTE NÃO SEPARADOS:

O art. 1.790, por sua vez, estabelece a proporção que cada convivente herdará de acordo com o concorrente hereditário: a)– filhos comuns; b)– filhos só de um; c)– parentes sucessíveis; e d)– a totalidade por ausência de quaisquer deles.

Estabelece, ainda, que a qualidade de herdeiro recai somente sobre os bens adquiridos *onerosamente* no curso da união estável. A comunicação patrimonial guarda simetria com o regime da comunhão parcial de bens, para o qual comunicam-se os adquiridos a título oneroso, ainda que em nome de um só dos cônjuges (art. 1.660). Aqui, também, melhor seria se tivesse feito remissão aos artigos 1.659 e 1.660 ao invés de deixar vago o que se compreende na expressão “*bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável*”, pois, por óbvio deve-se entender comuns os bens adquiridos nas constância

da união estável por *fato eventual, por doação comum aos dois, os frutos dos bens comuns*, e em certas circunstâncias até mesmo as *benfeitorias e frutos dos bens particulares*, apesar de não estar a aquisição no esforço comum, por exemplo, quando os conviventes resolvem, com a economia comum, reformar o imóvel exclusivo de um deles (antes da união) para futura locação e aumento da renda familiar. Contudo, é de se ter por exceção (via de regra) à união estável os itens IV e V, segunda e última partes, do art. 1.660.

Dir-se isto à luz do art. 1.725 acima citado ao disciplinar o regime de bens na união estável. Aplicando-se as excludentes do art. 1.659 do mesmo Codex.

Porém, esta condição de participação na herança do convivente falecido – *bens onerosos na constância da união* – (art. 1.790), enquanto o cônjuge do regime da comunhão parcial herda somente na existência de bens particulares (art. 1.829, I, final), é um tanto estranha.

Se a intenção é justamente proteger o sobrevivente da relação socioafetiva, não há razão para instituir herdeiro aquele que já é titular – *sub-efeito do instituto* – de metade dos bens deixados. Veja-se, pois, haver um conflito entre o art. 1.790 e 1.829, I, porque enquanto este assegura a concorrência do cônjuge somente na hipótese de haver bens particulares, aquele assegura a qualidade de herdeiro somente se houver bens comuns.

Sendo comuns, desnecessária a condição de herdeiro, posto que, adquiridos *onerosamente na constância da união estável*, não há exceção, pertencem a ambos e como tal, constitui-se meação *jure et de jure*, cuja morte levará à partilha somente da quota parte do falecido. De modo que, instituir o convivente herdeiro para além da meação desnatura a função social da herança em detrimento dos filhos e privilegia a união estável em relação ao casamento.

É de observar que nenhum dos regimes que guardam a comunicação de bens possibilitou o cônjuge sobrevivente a participar da herança, como na comunhão universal de bens. Quanto à separação obrigatória não precisa comentário, porque, se se lhe atribuir a capacidade de participar da herança do falecido, via indireta, estar-se-á reconhecendo ou a comunicação ou a não-obrigatoriedade da separação total.

Por isso, importa adequar a condição de participar da herança do convivente falecido na hipótese de haver bens particulares e não de haver bens comuns, a fim de conformar-se com o fim social da norma e a disposição vocacional do art. 1.829, I.

Faz-se mister, tornar o convivente herdeiro em concorrência com os filhos salvo se “*o autor da herança não houver deixado bens particulares*”. De outro modo, se deixou bens particulares concorre, se comuns não; ou ainda, herda exceto se não houver deixado bens particulares. E herda, concorrentemente, se deixou somente ascendentes, não importando se deixou bens particulares ou comuns, observado o disposto nos itens III, do art. 1.790 e II, do art. 1.829.

PARENTES SUCESSÍVEIS:

É preciso, ainda, definir ou conceituar o que se deve entender por “parentes sucessíveis”, isto reclama imediata relação com o art. 1.845, que trata dos *herdeiros necessários*. Não se pode dizer que todos os elencados no art. 1.829, I a IV, são “parentes sucessíveis” para efeito da conceituação da expressão do art. 1.790, pois, impera-se aplicar, no que couber, o princípio segundo o qual os mais próximos excluem os mais remotos (arts. 1.833, 1.836, § 1º, 1.840).

Diz o art. 1.789 que “*havendo herdeiros necessários o testador só poderá dispor da metade da herança*”. Seja no casamento, seja na união estável, afora os bens particulares, somente poderá dispor, em testamento, de 25% do patrimônio, que corresponde à *metade da herança*, pois, trata-se de bens comuns e portanto, tem ele apenas 50% dos mesmos.

Entende-se por herdeiros necessários os *descendentes, os ascendentes e o cônjuge* (art. 1.845).

Impera-se, volver-se ao art. 1.595, §2º, que diz: “*Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável*”. A morte é uma forma de dissolução destes institutos (art. 1.571, § 1º).

Logo, não desaparece a relação de parentesco entre o convivente e os ascendentes um do outro, pois, dá-se “*ao afim o mesmo grau de parentesco que prende a pessoa àquela a que se aliou*” (DE PÁCIDO E SILVA). Permanece, portanto, na mesma linha e grau que o falecido pertencia.

Perfunctoriamente, “parentes sucessíveis” corresponderiam a todos os elencados no art. 1.829, I a IV, porém, para efeito do item IV, do art. 1.790, deve ser entendido inexistir *parente sucessível* quando não houver: descendentes ou ascendentes ou ex-cônjuge separado de fato, posto serem *herdeiros necessários* e como tal, o direito de herança, reconhecido constitucionalmente, restará garantido, porque, evidentemente na mesma linha do convivente.

De modo que, restando apenas irmãos, sendo o convivente, em linha, conforme se expôs, mais próximo do falecido, exclui os colaterais (item IV do art. 1.829), pois, embora sucessíveis estão mais distantes; prova disto é que havendo só colaterais o falecido não encontrava, em vida, a vedação do art. 1.789, tampouco foram aqueles lançados no art. 1.845.

Confirma-se isto que o colateral está em último lugar na vocação hereditária, abaixo do cônjuge sobrevivente, de modo que o convivente equiparando-se ao cônjuge, herdará todo patrimônio do falecido se deixou apenas colaterais (arts. 1.790, IV, 1.725, 1.829, III, 1.595 e 1.845).

Com estas breves considerações são “parentes sucessíveis” para efeito do art. 1.790 os *filhos comuns* ou não, os *ascendentes* do falecido e o *ex-cônjuge* da comunhão parcial ou da separação total não obrigatória, separado de fato e inocente, quanto aos bens particulares, excluídos os colaterais e os ex-cônjuges separados judicialmente.

Não há óbices à qualidade de herdeiro do convivente falecido, na proporção assegurada ou à totalidade do patrimônio na hipótese de inexistir ascendentes, descendentes ou ex-cônjuge inocente.

A CONCORRÊNCIA DO EX-CÔNJUGE COM O CONVIVENTE:

O art. 1.844 diz que o companheiro herdará, talvez, na falta de descendente e ascendente e ex-cônjuge separado de fato, é o que se deduz, perfunctoriamente, da sistemática interpretação do Capítulo I do Título II, do Livro V, do Código Civil; contudo, não resolve as questões.

Igualmente, não é sucessível o ex-cônjuge cuja separação judicial foi decretada, pois, seu direito sucessório só é reconhecido se não estava, ao tempo da morte, separado judicialmente (art. 1.830 primeira parte).

Na hipótese de cônjuge separado há mais de dois anos com prova de que a separação se deu por culpa do falecido, o qual deixou convivente e nenhum outro herdeiro necessário. Como solucionar a questão?

Em princípio o ex-cônjuge inocente é herdeiro. Mas, sua participação na herança dependerá, primeiro, da impreterível verificação do regime de bens e, segundo, de preexistente partilha extrajudicial dos bens comuns ao tempo da separação (fato corriqueiro), porque o que tocou ao falecido ele levou para a união estável, constituindo bem particular, sobre o qual exsurge a participação do convivente (e não somente sobre os bens comuns) e porque, assim sendo, o ex-cônjuge inocente não participará pois o referido bem era comum e não particular em relação a ele.

À primeira vista, o convivente não herdará, pois, herda somente sobre os *bens adquiridos onerosamente* durante a união. Haveria justiça e função social da herança se tendo o convivente, com a economia comum, cuidado do patrimônio particular do falecido, inclusive fazendo benfeitorias, vir a perdê-lo para o ex-cônjuge? Isto, invocando o acima exposto quanto aos arts. 1.659 e 1.660, *ex vi* do art. 1.725, não estará privilegiando o casamento como principal forma de constituição familiar, mas, cometendo verdadeira injustiça e privilegiando o enriquecimento sem causa do ex-cônjuge.

Posto isto, o ex-cônjuge somente poderá concorrer à herança dos bens deixados e que ficaram incomunicáveis na união estável (mesmo sem partilha judicial), se a separação foi de fato, se foi inocente, se foi casado sob o regime da separação total não obrigatória, ou sob o regime da comunhão parcial, e se os bens eram particulares ao tempo do casamento, e, porisso, concorrerá com o convivente, assegurado a este o direito à moradia, haja vista que *imóvel destinado à residência da família do falecido*, que deve ter sentido atual e imediato.

A participação, portanto, do ex-cônjuge deverá ser de $\frac{1}{4}$ do patrimônio particular deixado pelo falecido (remanescente da separação de fato e partilha extrajudicial), tocando ao convivente o restante, inclusive, repita-se o direito de moradia. Isto porque, o cônjuge constitui herdeiro necessário e a separação de fato não tem o condão de o excluir (art. 1.830).

Se o bem deixado, embora incomunicável (particular) quanto ao convivente, é oriundo de partilha por ocasião da separação de fato, decorrente de patrimônio comum, o ex-cônjuge não herdará, sob pena de estabelecer quota de participação na herança pós-separação e não intra-casamento, tomando o fator da particularidade do bem em relação ao convivente para disciplinar a participação hereditária daquele. Infere-se isto do art. 1.830 primeira parte.

O ex-cônjuge, qualquer que seja o regime, inclusive o da comunhão universal, participará da herança para receber sua meação, não para estabelecer quotas de participação de herdeiro, isto se partilha anterior não se tiver ultimado pela separação judicial ou extrajudicialmente pela separação de fato.

De contrário, o convivente herdará sozinho, inclusive os bens particulares (art. 1.790, IV).

CONCLUSÃO:

Como se expôs melhor teria sido se tivesse deixado para a jurisprudência diante do fato concreto decidir, que pretender regulamentar a matéria, sem esgotá-la pelo excesso legislativo, no âmbito do Direito de Família. Estabelecer bases e princípios talvez teria sido a melhor escolha que lançar mão do regramento, fazendo-o de forma acanhada em verdadeiro descompasso com a *institucionalização* da união estável.

A qualidade de herdeiro advém do casamento ou da união estável e não do regime de bens adotados. Paralelamente, pode-se invocar o fato-gerador do tributo e a isenção. Nesta o fato-gerador do tributo existe o tributo é lançado, mas por política tributária-fiscal, a alíquota é zero, nada tendo a pagar o contribuinte. Assim também, o casamento e a união estável constituem o fato-gerador da qualidade de herdeiro – vocação hereditária –, donde o regime de bens e a só existência de bens comuns, por uma questão política legislativa, atribui à participação alíquota zero, nada herdando.

Os sub-efeitos idênticos de instutos familiares não podem ser tratados diferentemente do só fato de uns advirem do casamento e outros da união estável.

Ao regulamentar a família em todas as suas manifestações, o Estado assumiu a responsabilidade de igualá-las quanto aos *sub-efeitos* iguais e não de as discriminar.

E mais, qual o propósito em tornar um cônjuge ou companheiro (meeiro) herdeiro do outro (falecido) quando se tem filhos (comuns ou não)? Sim, pois, quando não há bens, nada havendo para transmitir nenhum problema ocorrerá, o sobrevivente continuará sua vida. Quando há bens, presume-se (é o mínimo) amealhado pelo esforço comum – presunção *juris tantum* –, logo, falar-se-á em meação, que por si só representa meio para subsistência do

convivente ou cônjuge supérstite. Assim, capacitá-los a participarem da herança para além da meação, onera a filiação dissentindo da *função social* em desigualdade com o casamento.

Admitir-se-á a sucessão necessária do cônjuge ou convivente sobreviventes (observados os requisitos legais) em duas hipóteses 1)- havendo filhos, haver apenas bens particulares ou 2)- não havendo filhos, sobre bens particulares e comuns. Na primeira hipótese, porque aqueles não se comunicando, ficará o supérstite sem nada receber, tendo, em alguns casos, até mesmo, de abandonar o imóvel residencial da família por ser bem particular do falecido, havido antes da união ou casamento (neste caso conforme o regime). Nestas circunstâncias a participação na herança se justifica. Parece-nos ser esta a redação do art. 1.829, I, do Código Civil: “... *em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se ... no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares*”, quer isto dizer que, se deixou bens particulares somente, o cônjuge herda, igualmente o convivente (*analogia*) e, portanto, não herda se *não deixou bens particulares*, ou seja, se deixou somente bens comuns; mas isto só e relativamente aos filhos.

E na segunda hipótese, porque não havendo filhos, concorre integralmente, por força do art. 1.829, II, com os *ascendentes* do falecido, aqui, sem ressalva alguma, ou seja, *havendo ou não bens particulares ou havendo bens particulares e comuns*.

Não há óbice à capacidade do ex-convivente de participar da herança, pois, provado que a separação se deu por culpa do falecido, havendo bens particulares, poderá concorrer com os demais herdeiros, principalmente, nas hipóteses em que direta ou indiretamente contribuiu para a manutenção do patrimônio particular.

De outro lado, o convivente com o qual faleceu o autor da herança, pela linha direta de parentesco, exclui a participação de colaterais, recebendo a totalidade da herança, esta a inteligência dos arts. 1.790, III, 1.829, III e IV, 1.595 e 1.845, porque se o cônjuge é herdeiro isolado do falecido na ausência de *ascendente* e *descendente*, o convivente, também é, isoladamente, recebedor da herança total na mesma circunstância.

Quando concorrer com ex-cônjuge será preciso pôr em evidência como condição de admissibilidade participativa deste último: o regime de bens e eventual partilha extrajudicial levada a efeito e, a incomunicabilidade no casamento dos bens particulares que o falecido levou para a união estável. Embora incomunicável, pode ocorrer que o ex-cônjuge não herdará ou se herdar receberá apenas uma parte, tendo em vista o vínculo estabelecido, porque a separação de fato não pode ser óbice à criação da união estável.

A maior preocupação é com a zetética jurídica das disposições normativas em foco, é quanto à condição de herdeiro quando o convivente ou o cônjuge sobreviventes tiverem bens particulares suficientes para a própria manutenção, porque não conseguimos vislumbrar de seu enunciado uma regulamentação necessária a partir da exceção contida no art. 1.829, I, expressão: “salvo”, pois, se herdaram em primeiro lugar e em igualdade (1.832), os descendentes e o cônjuge sobrevivente, “salvo” está a indicar as condições em que este último não herdará (isenção). Em outras palavras, não herdará justamente quando deixar *bens comuns* ou *meação* e herdar quando deixar *bens particulares*, sem qualquer relação com o próprio patrimônio particular.

A existência de bens comuns ou particulares não justifica a condição de herdeiro, por isso a razão de se ter o regime de bens somente como excludente da sucessão ou indicador da participação na herança (alíquota); então, determinar que *se não houver deixado bens particulares não herda*, deve ser elástico ao cônjuge sobrevivente para se verificar a existência ou não, também, de bens particulares deste.

Quanto ao convivente a situação se complica, porque o detalhismo legislativo e sua ampla imersão em todas as situações fáticas existentes, foi silente quanto à gama de situações vivenciadas na sociedade. Já que quis regulamentar a exceção deveria tê-lo feito com a maior amplitude possível quanto àquelas situações, a fim de não causar, como se depreende dos exemplos citados, um dano aos conviventes e aos próprios cônjuges.

Do mesmo modo, não se pode conceber a hipótese do convivente herdar sobre bens comuns onerosamente adquiridos – comunhão –, porque estaria privilegiando a união estável

em detrimento do casamento sob o regime da comunhão parcial, e, porque não haveria razão para instituir a alíquota de participação sobre algo que já lhe pertence. É preciso harmonizar a disposição do art. 1790 com o art. 1.829, I.

28 de maio de 2003

TELMO ARISTIDES DOS SANTOS-ADVOGADO

BIBLIOGRAFIA:

DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA – AURÉLIO.
VOCABULÁRIO JURÍDICO – DE PLÁCIDO E SILVA.

QUADRO DEMONSTRATIVO:

